

**Raffaele Manfrellotti**

Università degli Studi di Napoli Federico II

ORCID 0000-0002-1691-8567

raffaele.manfrellotti@unina.it

## **Rule of law e causa nel sistema italiano degli atti amministrativi**

### **Rule of law and cause in the Italian system of administrative acts**

**Key words:** *causa*, public administration, administrative function, rule of law

**Summary.** The work analyzes the problem of the cause of administrative acts in a general theory perspective. Regarding to the doctrine between the World Wars, it studies this category in the contemporary Italian legal system, approaching some opinions particularly problematic.

### **Praworządność i kauza prawna we włoskim systemie aktów administracyjnych**

**Słowa kluczowe:** *causa*, administracja publiczna, funkcja administracyjna, państwo prawa

**Streszczenie.** Praca zawiera analizę zagadnienia przyczynowości aktów administracyjnych z perspektywy teorii ogólnej. Rozważając niektóre szczególnie problematyczne poglądy, w pracy bada się ową kategorię we współczesnym włoskim systemie prawnym biorąc za punkt odniesienia doktrynę okresu międzywojennego.

1. Una delle problematiche maggiormente studiate dalla dottrina degli atti pubblici a cavallo tra le due guerre mondiali è stata quella relativa alla causa. Accanto a studi autorevoli che hanno affrontato *ex professo* l'argomento<sup>1</sup>, si registrava una

<sup>1</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, pp. 477 ss.; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 471 ss. In realtà, l'applicazione della causa alla categoria dell'atto amministrativo si deve, già all'inizio del secolo XX, a F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, p. 40 (nonché, più dettagliatamente, nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 1332), a cui risale, però, anche l'equivoco di legare tale concetto a quello di "volontà" e di "negozio giuridico" nel campo del diritto pubblico: equivoco che accompagnerà tutta la successiva riflessione sulla causa degli atti pubblici. La dottrina dell'epoca accolse la nozione e la utilizzò per definire singole problematiche in rap-

tendenza generalizzata a presupporre l'elemento causale quale costitutivo dell'atto e, in rapporto ad esso, ad analizzare gli aspetti di volta in volta oggetto di riflessione<sup>2</sup>. Dopo il secondo conflitto mondiale l'attenzione della dottrina per la causa degli atti pubblici è andata progressivamente scemando, sebbene sia mancata una riflessione intesa a contestarne l'utilità scientifica<sup>3</sup> ovvero l'opportunità di estendere un concetto sorto in seno agli studi di diritto privato anche nel diritto pubblico<sup>4</sup>. Lo sforzo scientifico che, per qualità e quantità dei contributi, ha interessato il concetto di causa, rende, forse, non inutile interrogarsi sull'attualità di tale categoria del diritto pubblico senza rassegnarsi alla constatazione della sua desuetudine.

Una prima questione da affrontare, dal punto di vista metodologico, è la possibilità di considerare l'elemento causale in maniera unitaria per tutti gli atti di diritto pubblico, sebbene ciascuno di tali atti costituisca espressione di una peculiare e determinata funzione. Non si saprebbe individuare, nel sistema degli atti pubblici, altro elemento comune che questo: la predeterminazione normativa della forma dell'atto e dello scopo a cui esso è rivolto, ossia, appunto, della funzione da cui l'atto stesso scaturisce, e dunque la possibilità di considerare le singole manifestazioni delle diverse funzioni quali specificazioni di un sistema assiologico normativamente imposto alla cura di esse<sup>5</sup>. Eppure, ai fini dello studio dell'elemento causale, questo singolo, minimo elemento appare sufficiente. Se si identifica la causa con la relazione di necessità giuridica tra il fine dell'atto e lo scopo della funzione di cui esso è espressione (affermazione di cui si cercherà di dare conto nel prosieguo), appare evidente che la causa viene a connotarsi quale elemento di ogni manifestazione di una pubblica funzione, indipendentemente dalla sua natura e dalle sue peculiarità. Ne consegue che, in questa (pur limitata) prospettiva, può senz'altro ragionarsi, in

---

porto agli atti della pubblica amministrazione (A. DE VALLES, *L'invalidità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pp. 145 ss.; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (Concetto classificazione validità)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917, pp. 145 ss.). Fu solo dopo la Grande Guerra, tuttavia, che la causa nel sistema degli atti pubblici fu oggetto di studi specifici. Dopo la Seconda Guerra Mondiale la problematica della causa degli atti di diritto pubblico tornerà, sporadicamente, a "fare capolino" negli scritti della dottrina, per lo più in rapporto all'esigenza di ricostruire, sul piano dommatico, la categoria del vizio di eccesso di potere.

<sup>2</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935, pp. 42 ss.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 186 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 312 ss.

<sup>3</sup> Un passaggio (in verità, assai laconico) in tal senso in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale, I)*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, p. 746.

<sup>4</sup> Cenni, in tal senso, si rinvencono nella manualistica: R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966, pp. 315 ss.; e più recentemente V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 513, entrambi però sulla non condivisibile premessa dell'assimilazione della causa al tipo (su cui *amplius infra*).

<sup>5</sup> H. KELSEN *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, pp. 217 ss.

generale, sulla causa come elemento costante di tutti gli atti espressione di pubbliche funzioni, o, più semplicemente, di tutti gli atti di diritto pubblico.

Si è già detto che la dottrina del secondo dopoguerra ha dedicato a tale elemento pochissima attenzione<sup>6</sup>. Certamente sul progressivo allontanamento della scienza del diritto pubblico dal concetto avrà pesato la difficoltà di ricostruirlo sul piano dommatico. Diversamente dai cultori del diritto romano e del diritto civile, i giuspubblicisti non hanno accettato la sfida di dare alla “più filosofica delle parole”<sup>7</sup> una dimensione scientifica, rinunciando, però, ad un validissimo strumento concettuale per l’inquadramento di diverse problematiche, come il presente studio cercherà di evidenziare. Sicché, sembra opportuno prendere le mosse dalla delimitazione della nozione di causa nel sistema del diritto privato al fine di disporre di uno schema concettuale che possa adattarsi, *mutatis mutandis*, alle manifestazioni delle pubbliche funzioni.

Non si pretende, ovviamente, di dar conto neppure sommariamente del dibattito sulla causa del contratto (o, come comunemente pure si afferma con poco riguardo al diritto positivo, del c.d. “negozio giuridico”) che ha impegnato i civilisti. Basterà qui dar conto del risultato a cui, nell’attuale momento storico, è pervenuta la dottrina civilistica anche sulla scorta della giurisprudenza.

Sin dal suo sorgere, la nozione di causa è passata, “*con vece assidua*”, da una concezione oggettiva, tale da identificarla con il tipo funzionale disciplinato dall’ordinamento a proposito di una determinata operazione contrattuale (dottrina della causa come funzione economico-sociale)<sup>8</sup>, ad una soggettiva, tale da identificarsi con il complesso delle obbligazioni funzionalmente collegate previste dal contratto (dottrina della causa in concreto)<sup>9</sup>; ed è in questa seconda accezione che è, oggi, intesa anche dalla giurisprudenza<sup>10</sup>. Interessa qui sottolineare che, in ambedue le accezioni, sottesa al concetto di causa vi è un’esigenza giuridica di funzionalizzazione del traffico giuridico ad un interesse normativamente qualificato, espressa mediante un giudizio di meritevolezza in rapporto a quest’ultimo dell’assetto

<sup>6</sup> Nello studio degli atti normativi, la tendenza contemporanea è di non dar conto di tale elemento neppure in chiave problematica. Si confronti G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 51 ss., che rivolge tutto il pur notevole sforzo ricostruttivo in rapporto alla volontà senza neppure accennare all’elemento causale.

<sup>7</sup> In questi termini P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 133.

<sup>8</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.), pp. 169 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), pp. 126 ss.

<sup>9</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 370 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pp. 808 ss.

<sup>10</sup> C. Cass, sez. III, sent. n. 10490 del 2006.

di interessi dedotti nel contratto ovvero della forma giuridica utilizzata<sup>11</sup>. Questa constatazione rende evidente che l'elemento causale esprime un'esigenza di diritto obiettivo non riconducibile alla volontà dei contraenti e anzi, in qualche misura, antitetica ad essa: essa fissa infatti un limite esterno a tale volontà e all'atto che la manifesta, il quale condiziona la rilevanza giuridica (e dunque la tutela) che l'ordinamento le attribuisce alla coincidenza con un interesse espresso da una norma e, perciò, pubblico. E non è senza significato che nell'elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico mancasse qualsivoglia riferimento alla causa come elemento di esso, perché incompatibile con la centralità della volontà quale ragione necessaria e sufficiente per il sorgere del vincolo negoziale<sup>12</sup>.

Questa constatazione consente di affermare, sul piano metodologico, l'indipendenza della problematica della causa dalla categoria del negozio giuridico, sollevando il presente lavoro dal compito di indagare la riconducibilità degli atti pubblici alla volontà degli organi che li adottano e, dunque, l'ammissibilità, sul piano dommatico, di "atti pubblici negoziali"<sup>13</sup>. Basti qui osservare che, essendo l'atto di diritto pubblico la manifestazione di una funzione, esso si connota in ragione di un elemento di doverosità in rapporto allo scopo da conseguire che rende l'indagine sulla volontà del soggetto pubblico assai poco fruttuosa (la categoria logica che si accompagna al concetto di funzione è l'obbligo, non la volontà). Ne consegue che la categoria del negozio giuridico, controversa già tra gli studiosi del diritto privato, non trova nessuno spazio nel diritto pubblico<sup>14</sup>.

**2.** Nel vigente ordinamento, la causa quale elemento essenziale degli atti amministrativi non è soltanto una ricostruzione teorica: essa è altresì riconosciuta, sul piano del diritto positivo, dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990. La norma disciplina, come è noto, gli accordi sostitutivi del provvedimento, ossia atti che, sul piano sostanziale, posseggono il medesimo contenuto del provvedimento da cui differiscono solo quanto alla genesi (consensuale e non autoritativa). L'atto amministrativo

<sup>11</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 53 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss. L'immanenza della categoria della causa agli interessi meritevoli di tutela ne consente l'allocatione nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni (e dunque, oltre i confini del solo diritto dei contratti), dove, in effetti, nella tradizione romanistica essa aveva visto la luce. Sul punto, si veda la lucida ricostruzione di G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, in part. pp. 156 ss.

<sup>12</sup> F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. a cura di C. FADDA e E. Bensa, Torino, 1930.

<sup>13</sup> La categoria dommatica del negozio di diritto pubblico, compiutamente elaborata da K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, in part. pp. 15 ss., ha avuto fortuna a partire dalla prima metà del 1900 e ha ispirato anche alcune ricostruzioni contemporanee. Essa è stata utilizzata da tutti gli studiosi che hanno affrontato il tema della causa nel diritto pubblico.

<sup>14</sup> Per qualche ulteriore considerazione sul punto, se si vuole, R. MANFRELOTTI, *Diritto pubblico*, Torino, 2021, p. 349.

e l'accordo *ex art. 11* posseggono, in altri termini, lo stesso carattere di disciplina obiettiva di un rapporto oggetto di una funzione. Orbene, se questo è vero, il rinvio ai principi in materia di obbligazioni e contratti (e, dunque, anche all'art. 1325 c.c. sui requisiti dell'atto) di cui al comma II del citato art. 11 deve ritenersi valevole anche per il provvedimento amministrativo che l'accordo sostituisce per quanto concerne l'aspetto della regolazione della fattispecie, a cui è evidentemente indifferente la natura consensuale ovvero autoritativa della fonte della regolazione medesima. In altri termini, se l'accordo *ex art. 11 l. 241/1990* è fungibile rispetto all'atto amministrativo sotto il profilo del contenuto regolativo di un rapporto giuridico, deve avere necessariamente requisiti comuni a quest'ultimo per quegli aspetti che attengono alla disciplina del rapporto medesimo. Se, dunque, è evidente che alcun rilievo può avere, nella prospettiva soggettiva dell'atto amministrativo, l'accordo delle parti, è altrettanto evidente che, sul piano oggettivo, esso dovrà pur sempre presentare un complesso di prescrizioni o di autorizzazioni che ne costituiscono l'oggetto e una forma attraverso cui si manifesta il contenuto dell'atto. Se si condivide tale ragionamento, l'atto amministrativo dovrà, inoltre, presentare, tra i suoi requisiti, anche una causa.

Nell'esperienza francese, in cui il concetto ha avuto origine, la causa era intesa quale scopo obiettivamente considerato dell'atto, ossia il fine di esso quale espresso dalla norma che ne costituisce la base giuridica<sup>15</sup>. La ricostruzione coglie senz'altro il cuore della problematica relativa all'elemento causale ancorandola al profilo teleologico dell'atto; tuttavia, finisce con il risolvere tale elemento nel tipo normativo astrattamente considerato privandolo, in larga misura, di qualsivoglia utilità dommatica.

Noi crediamo che, nel diritto pubblico, il concetto di causa sia legato a quello di discrezionalità e ne costituisca, in qualche misura, un corollario. Come è noto, l'attività discrezionale è identificata come la potestà riconosciuta ad un centro soggettivo di imputazione di una pubblica funzione di specificare, in uno o più casi concreti, l'interesse pubblico astrattamente previsto quale scopo della funzione. La discrezionalità implica, in altri termini, un giudizio sillogistico tra l'interesse generale tipico (premessa maggiore) e il caso concreto (premessa minore), nell'ambito del quale l'autorità ha un margine di libertà di apprezzamento delle circostanze di fatto ritenute rilevanti per determinare la sussistenza o la non sussistenza di un interesse pubblico rispetto al quale, comunque, la sua attività è funzionalizzata<sup>16</sup>. Il carattere saliente della discrezionalità è, appunto, questo ossimoro per la quale essa si muove in un ambito di libertà, ma vincolato, sul piano teleologico, alla cor-

<sup>15</sup> G. VEDEL, *Essais sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, 1934, pp. 118 ss.

<sup>16</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 22 ss.; C. MOR-TATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1103.

rispondenza tra il fine dell'atto discrezionale e quello della funzione che esso esprime<sup>17</sup>. La corrispondenza tra il fine concreto dell'atto discrezionale e quello astrattamente previsto dalla funzione richiede tre condizioni: la corretta ricostruzione del fatto, sotto il profilo dell'attribuzione della corretta rilevanza di tutte le circostanze ai fini della valutazione del pubblico interesse; la corretta sussunzione del caso, così ricostruito, nel parametro normativo generale che disciplina la funzione; la razionalità del contenuto dell'atto rispetto all'interesse generale a cui è preposto in rapporto alle peculiarità del caso concreto. Tali condizioni, ancorché insusctibili di regolazione giuridica quanto al *quomodo*<sup>18</sup> (c.d. "merito" dell'atto), richiedono, tuttavia, la delimitazione della libertà di apprezzamento dell'atto quanto al risultato concreto a cui è rivolto, il quale deve necessariamente consistere in un'articolazione logicamente apprezzabile dell'interesse generale tutelato dalla funzione.

Ne deriva che la causa legittima di un atto di diritto pubblico individua un nesso di corrispondenza logica tra lo scopo concreto dell'atto e il fine astratto della funzione che esso esprime, ossia il corretto utilizzo della discrezionalità quale attività di specificazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della funzione medesima.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, è senz'altro corretto identificare la causa dell'atto con l'interesse normativamente qualificato a cui è funzionalizzato: poiché tale interesse è la ragione stessa della funzione di cui l'atto è manifestazione, la causa è dunque lo scopo della funzione, ossia l'interesse pubblico che l'atto deve realizzare<sup>19</sup>. Ma tale affermazione definisce l'elemento causale soltanto parzialmente. La causa esprime un limite interno all'atto, consistente nella necessità giuridica che l'atto stesso sia coerente con lo scopo normativamente qualificato al cui servizio è posta la funzione; attraverso l'elemento causale si misura la rispondenza del singolo atto incidente su un rapporto concreto all'interesse pubblico astrattamente previsto dalla funzione e attualizzato attraverso l'atto stesso<sup>20</sup>. Si può anche dire, dunque, che la causa dell'atto consiste nel suo scopo concreto, quale specificazione storica della finalità astratta a cui è preordinata la funzione. Ne consegue che la verifica del requisito causale presuppone un raffronto tra lo scopo tipico della funzione e il fine specifico dell'atto perseguito nel caso concreto. La rispondenza di tale finalità storica all'interesse normativamente qualificato determina la liceità

<sup>17</sup> Ancora C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., p. 1102.

<sup>18</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., in part. pp. 93 ss.

<sup>19</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 44 ss.; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 484 ss. Analogamente, ma nella sola ipotesi (ad avviso dell'A., eccezionale) in cui la norma vincoli l'amministrazione al perseguimento di uno scopo determinato, C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 508.

<sup>20</sup> Ad esempio, il provvedimento di espropriazione del terreno Alfa corrisponde all'interesse pubblico concreto a realizzare in quel punto del territorio comunale un mercato ortofrutticolo o l'ufficio del Giudice di Pace.

della causa dell'atto<sup>21</sup>. L'identificazione della causa con l'interesse tipico e astratto perseguito dalla funzione è all'origine delle critiche che, come si vedrà nel paragrafo seguente, sono ancora oggi riferite a tale requisito.

La ricostruzione dell'elemento causale quale nesso di necessità giuridica tra l'interesse astrattamente attribuito alla funzione e lo scopo concretamente perseguito dall'atto è stata revocata in dubbio da un'autorevole dottrina che, precedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, ha ritenuto che così intesa la causa dell'atto sarebbe in contraddizione con un elemento essenziale del provvedimento amministrativo, ossia la libertà di apprezzamento dell'interesse pubblico; in rapporto al quale, la qualificazione normativa dell'interesse stesso opererebbe come limite, per così dire, "esterno" al provvedimento, fissando un confine all'interno del quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera di muoversi liberamente e senza costrizioni da parte dell'ordinamento. In altri termini, l'interesse normativamente qualificato non costituirebbe lo scopo della funzione, ma il suo limite meramente negativo: e all'interno di quel limite l'atto potrebbe assumere qualsiasi contenuto l'amministrazione volesse.

La posizione in esame si presenta come articolata in due differenti opinioni.

Secondo la prima di esse<sup>22</sup>, il carattere vincolato della discrezionalità amministrativa al perseguimento di un interesse pubblico non esclude la possibilità di diverse scelte dell'amministrazione in ordine al *quando* e al *quomodo* del provvedere, ciò che concreterebbe una sfera di libertà decisionale in rapporto alla quale l'interesse normativamente qualificato opererebbe con un vincolo di corrispondenza. In verità, la dottrina in esame fa coincidere la causa come il fine a cui deve tendere l'atto amministrativo: l'interesse normativamente qualificato, che nel diritto civile opererebbe, secondo l'opinione in esame, come divieto di pregiudizio, nel diritto amministrativo costituisce invece lo scopo stesso dell'atto, in relazione a cui viene apprezzata la legittimità<sup>23</sup>. Può poi discutersi se si possa definire tale discrezionalità funzionalizzata come "volontà", ma si tratta di una questione strettamente terminologica che non incide sulla sostanza del fenomeno, per la quale l'atto amministrativo non è libero nel fine ma è vincolato a perseguire, nel caso concreto, l'interesse pubblico che ne costituisce la causa. Così inteso, non sembra possibile sfuggire alla conclusione che la causa dell'atto ne costituisce un requisito e non possa, perciò, ritenersi qualcosa di esterno all'atto stesso.

La seconda delle tesi in esame sviluppa, in verità con maggiore coerenza, l'assunto per il quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera entro i confini fissati dalla norma attributiva della funzione. Quest'ultima incide, infatti, su dif-

<sup>21</sup> La causa è elemento dell'atto, non della funzione.

<sup>22</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 529 ss.

<sup>23</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., in part. p. 532.



ferenti interessi, solo un numero limitato dei quali è preso in considerazione dalla norma (interessi c.d. principali); ma l'amministrazione sarebbe libera di regolare le interazioni tra gli interessi principali e gli interessi c.d. secondari come meglio ritenga opportuno<sup>24</sup>. La causa dell'atto coinciderebbe, dunque, con la disciplina concreta degli interessi principali e di quelli secondari e sarebbe, perciò, un concetto relazionale inerente alla modalità di ponderazione degli interessi stessi all'interno del rapporto disciplinato dall'atto<sup>25</sup>. La causa opererebbe, dunque, nella sfera del giuridicamente indifferente e non costituirebbe un concetto deontologico, volto cioè a porre un limite di scopo all'atto stesso, ma fenomenologico, inerendo ad un procedimento volitivo libero (e perciò giuridicamente indifferente<sup>26</sup>) della pubblica amministrazione relativo alla valutazione e alla cura di tutti gli interessi coinvolti dalla funzione. Ne discenderebbe l'irrilevanza giuridica della causa sul piano della legittimità dell'atto, se non nel caso estremo in cui la cura degli interessi secondari si spinga al punto di negare, nel rapporto disciplinato dall'atto, l'interesse essenziale<sup>27</sup>.

Anche tale ricostruzione, tuttavia, non sembra condivisibile. È senz'altro vero che la funzione incide su una pluralità di interessi ulteriori e diversi da quelli giuridicamente qualificati posti ad oggetto di essa, ed è senz'altro vero che un corretto uso della discrezionalità imponga all'amministrazione di non sacrificare tali interessi oltre quanto necessario per la realizzazione dell'interesse essenziale. Il punto è che, come ammette la stessa dottrina in esame, la discrezionalità è comunque vincolata al rispetto della norma che disciplina la funzione, e dunque a salvaguardare l'interesse essenziale. L'ordinamento vigente ha altresì chiarito che tale salvaguardia deve essere efficiente ed efficace (art. 1 l. n. 241 del 1990), e che dunque l'interesse principale deve trovare, nel singolo atto, il maggior grado possibile di realizzazione. La libertà di apprezzamento dell'amministrazione non è, dunque, libera, ma è vincolata all'aderenza agli interessi normativamente qualificati che costituiscono la ragion d'essere delle funzioni ad essa attribuite. Sotto altro profilo, la considerazione degli interessi secondari da parte della discrezionalità amministrativa presuppone pur sempre una qualche rilevanza giuridica di tali interessi, e dunque una qualificazione normativa dei medesimi. L'acquisizione degli interessi coinvolti dalla funzione amministrativa trova, in altri termini, un limite nella qualifica normativa di essi come meritevoli di tutela, al fine di non gravare il perseguimento dell'interesse pubblico specifico di limiti fondati sulla considerazione di fenomeni giuridicamente indifferenti e, perciò, privi di valore per l'ordinamento giuridico.

<sup>24</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., in part. pp. 77 ss. Analogamente, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, in part. pp. 312 ss.

<sup>25</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 186 ss.

<sup>26</sup> Ancora M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 96 ss.

<sup>27</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 188.



Ne consegue che la discrezionalità amministrativa, lungi dal configurarsi come libera, è invece legislativamente vincolata, in positivo a valutare il fatto oggetto della funzione in coerenza con l'interesse specifico che è chiamata a perseguire, e in negativo a non considerare, nel bilanciamento tra quest'ultimo e gli interessi secondari, le istanze sociali prive di riconoscimento sul piano dell'ordinamento giuridico.

L'errore della ricostruzione in commento è nell'aver posto sullo stesso piano tutti gli interessi sociali di fronte all'attività amministrativa, quando invece ad alcuni di essi quest'ultima è vincolata ad attribuire una rilevanza prevalente conformemente alle norme di legge che tipizzano tale attività. In buona sostanza, la tesi in esame confonde l'oggetto dell'atto amministrativo, *id est* il complesso dei rapporti interessati dal contenuto prescrittivo o autorizzatorio dell'atto, con la sua causa, ossia la finalità di tale contenuto o, se si preferisce, l'interesse alla cui realizzazione tale oggetto è strumentale. Può convenirsi che la causa dell'atto implichi un raffronto relazionale tra gli interessi coinvolti dall'atto, ma esso è fissato, almeno nelle sue linee essenziali, dall'ordinamento: non dipende da un apprezzamento teleologico-discrezionale, ma, all'opposto, ne costituisce un limite oggettivo. L'atto sarà, pertanto, sempre sindacabile sotto il profilo della causa, qualora venga in discussione la sua idoneità a realizzare gli interessi normativamente qualificati a cui esso è funzionale. Ne deriva, ancora una volta, che essa è un elemento imprescindibile dell'atto, riferibile alle singole scelte concrete compiute in rapporto agli interessi essenziali.

Tale conclusione consente di cogliere la similitudine che sussiste tra la causa dell'atto nel diritto amministrativo e la causa del contratto nel diritto civile<sup>28</sup>. Così come quest'ultima esprime la rilevanza giuridica del programma contrattuale, ossia il necessario legame tra lo scopo concreto perseguito dai contraenti e un interesse normativamente qualificato come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento<sup>29</sup>, la causa dell'atto amministrativo esprime la rilevanza giuridica dell'interesse perseguito mediante il provvedimento, ossia il legame tra lo scopo concreto dell'atto e l'obiettivo normativamente imposto alla funzione di cui l'atto stesso è espressione. La differenza, come meglio si vedrà, non risiede nella natura giuridica della causa, ma nel regime giuridico della sua divergenza dal paradigma normativo. Mentre infatti nel diritto privato tale difformità si traduce nell'irrilevanza giuridica del contratto, e dunque nell'impossibilità dei contraenti di attivare le tutele predisposte

<sup>28</sup> F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico/interesse privato*, in *Sull'amministrazione consensuale*, Napoli, 2013, p. 29; *contra* R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 318.

<sup>29</sup> Secondo la tesi che si è tentato di sostenere altrove. In argomento, se si vuole, R. MANFRELLOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, pp. 14 ss. In termini analoghi, nella dottrina privatistica, G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 545.

dall'ordinamento<sup>30</sup>, riflettendosi sull'atto stipulato in termini di illegittimità solo nell'ipotesi in cui esso persegua finalità espressamente vietate dal diritto (art. 1343 ss. c.c.), nel diritto pubblico la non congruenza dell'atto rispetto al fine posto dalla sua base giuridica ne determinerà sempre l'illegittimità<sup>31</sup>.

Tale ultimo rilievo dimostra come la causa dell'atto costituisca un elemento centrale proprio al fine di connotare il *proprium* dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Se la causa, infatti, esprime il nesso tra l'interesse pubblico espresso dalla legge in via generale e la sua specificazione da parte del provvedimento, l'attività discrezionale può essere considerata come il margine di apprezzamento di un interesse generale ed astratto in un caso individuale e concreto. La discrezionalità amministrativa, in altri termini, potrebbe essere costruita come l'attività di sussunzione del caso oggetto del provvedere nella norma attributiva della funzione, ovvero nell'attività di apprezzamento degli elementi essenziali del caso oggetto dell'attività amministrativa quale espressione concreta e storicamente determinata di un interesse enunziato in maniera astratta dalla legge. È senz'altro vero che si tratta di un apprezzamento tanto più ampio quanto maggiore è il grado di astrazione del parametro (si pensi al concetto di "pubblica utilità" in rapporto alle procedure espropriative), ma è altrettanto vero che esso non potrà mai spingersi al punto di lasciare all'amministrazione una libertà assoluta, possedendo qualsivoglia parametro un nucleo di senso idoneo a limitare l'azione amministrativa e, dunque, a costituirne un parametro di legittimità. Sotto altro profilo, l'elemento causale costituisce un parametro per l'esercizio della discrezionalità amministrativa anche sotto il profilo della valutazione degli interessi secondari incisi dal procedimento, posto che il bilanciamento tra essi e l'interesse specifico sottoposto alla cura dell'amministrazione procedente da parte del provvedimento troverà comunque un limite nel nesso di strumentalità tra l'atto e l'efficiente perseguimento dell'obiettivo della funzione. Ne consegue che la discrezionalità può essere definita come la potestà riconosciuta ad una pubblica autorità di specificare l'interesse pubblico attribuito alla cura della funzione che essa deve istituzionalmente esercitare: sicché, la causa dell'atto che è espressione dell'esercizio della funzione ne costituisce lo scopo concretamente perseguito, qualificato in ragione del nesso di coincidenza con l'interesse pubblico oggetto della specificazione.

Ai fini del presente lavoro, il nesso tra il grado di astrattezza nella predeterminazione del contenuto dell'atto e la causa dell'atto medesimo, ossia della discrezionalità dell'amministrazione nella specificazione dell'elemento causale in rapporto all'interesse astrattamente previsto dalla legge, rileva per quanto concerne la delimitazione della problematica dell'elemento causale in rapporto agli atti ammini-

<sup>30</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Sulla causa illecita*, in *Scritti giuridici vari*, cit., pp. 104 ss.

<sup>31</sup> Per tutti, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, p. 683.

strativi che esprimano la discrezionalità dell'ente in via generale ed astratta, specificando la previsione normativa e vincolando le successive concrete manifestazioni della funzione. La causa dei regolamenti delle autorità amministrative consiste, analogamente a quanto visto a proposito degli atti a contenuto provvedimentale, nella specificazione di un interesse pubblico normativamente previsto<sup>32</sup>, con questa peculiarità: che la causa del regolamento, ossia l'interesse pubblico da esso perseguito in rapporto alla norma di legge che ne costituisce la base giuridica, richiede un ulteriore momento di concretizzazione in rapporto a casi concreti. L'esercizio di una funzione regolamentare, in altri termini, dà luogo ad una specificazione causale progressiva nella quale alla determinazione concreta dell'interesse pubblico specifico concorrono sia il regolamento che l'atto applicativo. Tra i due sussiste, pertanto, un collegamento causale, determinato dalla loro strumentalità al medesimo interesse legislativamente riconosciuto, di cui entrambi costituiscono una specificazione progressiva; ciò che si riflette, del resto, sul piano delle garanzie, nell'esigenza di impugnare congiuntamente i due atti proprio in ragione dell'identità dell'elemento causale. Il punto sarà oggetto di qualche ulteriore considerazione nel prosieguo.

L'identificazione dell'elemento causale con l'interesse pubblico disciplinato dalla norma attributiva della funzione per come esso si realizza, concretamente, nel singolo atto, pone tuttavia, sul piano dommatico, l'esigenza di distinguere la causa dalla fattispecie contemplata dalla norma stessa, ossia dal tipo; e si tratta di un'esigenza particolarmente importante perché, come accennato, in tale confusione risiede la tendenza all'abbandono della categoria della causa da parte della dottrina contemporanea.

3. È acquisizione pacifica che gli atti amministrativi siano tipici, e dunque caratterizzati da una specifica funzione istituzionale e dalla predeterminazione normativa dell'interesse pubblico a cui essa è finalizzata<sup>33</sup>. Tale premessa costituisce, sul piano dommatico, una delle principali differenze rispetto allo stato della dottrina nell'epoca in cui veniva elaborato il concetto di causa dell'atto amministrativo, nella quale la necessaria predeterminazione legislativa delle finalità dell'atto era una tesi ancora discussa<sup>34</sup>. Secondo la tesi in discussione, l'inserimento dello scopo dell'atto nella disciplina della fattispecie lo renderebbe un elemento di quest'ultima e, dunque, priverebbe di autonomia l'elemento causale dagli altri requisiti previsti dalla legge per l'esercizio della funzione: in altri termini, il concetto di causa si risolverebbe nel tipo<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 67 ss.

<sup>33</sup> A. M. SANDULLI, *loc. ult. cit.*

<sup>34</sup> Cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 524.

<sup>35</sup> Si vedano gli Autori citati alle note nn. 3 e 4.

Il disconoscimento della possibilità di distinguere la causa dal tipo ha, in verità, origini antiche che risalgono al dibattito sulla natura dell'elemento causale tra gli studiosi del diritto civile. Già prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 la causa del contratto era ricondotta alla forma imposta dalla legge mediante la quale l'ordinamento assicurava la coincidenza tra lo scopo del privato (il "motivo") e la funzione economico-sociale del contratto<sup>36</sup>. Tale ricostruzione perde di vista, tuttavia, la stessa ragion d'essere dell'elemento causale, che trascende il piano normativo per porsi come parametro di valutazione della singola operazione economica in rapporto ad un interesse meritevole di tutela: la causa del contratto di compravendita non è lo scambio della cosa con un prezzo, ma di *quella* cosa determinata, sottoposta, in ipotesi, ad una peculiare disciplina normativa quanto alla destinazione, per *quel* prezzo pattuito, non sempre liberamente determinabile dalle parti, e per le finalità eventualmente dedotte nel programma contrattuale (abitazione, esercizio di un'attività commerciale, ecc.).

Questo modo di ragionare finisce per applicare il concetto di causa dell'atto ad una dimensione (quella del diritto positivo) che le è estranea, e nella quale, effettivamente, tale nozione risulta, nel migliore di casi, superflua. Tuttavia, la causa e il tipo sono strumenti concettuali che, nel mondo del diritto, assolvono a compiti diversi. Il tipo, o fattispecie, è la previsione normativa degli effetti che si verificano al ricorrere di determinate circostanze, astrattamente considerate<sup>37</sup>. Nel caso della funzione amministrativa, tali effetti non discendono immediatamente dalla legge, bensì richiedono l'esercizio di un'attività di accertamento del concreto realizzarsi di quanto astrattamente previsto e di adozione di un atto che, in rapporto a quel caso, attua la previsione normativa<sup>38</sup>. L'effetto di costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico con i destinatari dell'atto scaturisce, dunque, dal concorso tra la previsione legislativa della fattispecie posta a salvaguardia di un determinato interesse pubblico e l'accertamento, da parte della funzione stessa, del ricorrere delle circostanze di fatto che concretano, in un momento storico determinato, l'interesse tipizzato. Se, come si è detto, la causa dell'atto esprime il rapporto tra lo scopo della funzione e l'interesse concretamente perseguito, appare evidente che tale elemento non riguarda affatto la previsione generale della fattispecie, ma, presupposta questa, la sussistenza in un caso determinato dell'interesse medesimo; essa è, in altri termini, un requisito dell'atto quale manifestazione della funzione, non della funzione stessa<sup>39</sup>. La causa dell'atto esprime dunque un rapporto di adeguatezza tra il

<sup>36</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 181 ss.; e in termini particolarmente chiari, P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., p. 133.

<sup>37</sup> A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964 (rist.), p. 46.

<sup>38</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 57 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 51 ss.

<sup>39</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 18 ss.

fine posto dalla legge alla funzione (tipo) e la disciplina precettiva o autorizzativa posta dall'atto in riferimento ad un caso determinato (oggetto). Non si risolve nel tipo, così come non si risolve nell'oggetto dell'atto<sup>40</sup>: ma è un elemento distinto che postula la coerenza del secondo con gli obiettivi posti dal primo.

La tesi che, nel diritto amministrativo, risolve la causa nel tipo<sup>41</sup> riferisce tale elemento non al singolo atto, ma alla funzione astrattamente determinata, smarrendo però la valenza storico-concreta dell'atto stesso, ossia la verifica della sussistenza, nel caso specifico, dell'interesse pubblico che legittima l'emanazione dell'atto. La verifica della sussistenza della causa di un ordine di ripristino dello stato dei luoghi non riguarda la sussistenza, in generale, di un interesse pubblico alla repressione degli abusi edilizi, ma, nel caso specifico, il carattere abusivo dell'immobile oggetto del provvedimento, l'assenza di una domanda di condono, e così via. E si tratta, in tutta evidenza, di una valutazione che trova solo in parte nella legge il proprio fondamento (l'atto è stato adottato in conformità alla disciplina normativa, ha rispettato i suoi requisiti formali, ecc.), ma che si colora di legittimità o di illegittimità a seconda della situazione di fatto sulla quale va ad incidere (l'ordine di demolizione è formalmente corretto ma riguarda un immobile oggetto di una precedente autorizzazione in sanatoria). In altri termini, la semplice aderenza al tipo normativo non basta a definire la legittimità dell'atto: è altresì la sua rispondenza ad una determinata situazione di fatto, la sua capacità di disciplinare un evento storico reale conformemente all'interesse pubblico normativamente pre-determinato, che lo rende legittimo sotto il profilo della causa.

La migliore dimostrazione dell'autonomia dell'elemento causale dell'atto dal tipo funzionale, e dell'imprescindibilità di un giudizio di coerenza dell'atto rispetto allo scopo normativo, appare offerta dalla stessa dottrina che, risolvendo, con una mano, la causa nel tipo, si trova poi costretta a elaborare una categoria contigua a quella di causa, parimenti mutuata dal diritto civile, per indicare tale concetto: quella del "motivo"<sup>42</sup>. Secondo questa impostazione, il "motivo" dell'atto costituirebbe l'apprezzamento, nel caso concreto, dell'interesse pubblico a cui è finalizzata la funzione. Si tratta di una contrapposizione che già al momento della sua

<sup>40</sup> *Amplius*, sulla distinzione tra causa e oggetto dell'atto, ancora P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 13.

<sup>41</sup> U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., p. 490.

<sup>42</sup> U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 491 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, pp. 308 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., p. 513. Analogamente, in una prospettiva di teoria generale, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 251 ss., il quale preferisce però sostituire alla dicotomia causa/motivo quella fine/intenzione. La sostituzione, per espressa ammissione dell'A., ha, comunque, un valore prettamente terminologico (p. 242). La dottrina più risalente era solita, talvolta, riferirsi ai motivi quale "causa remota" dell'atto, ma tale concetto, elaborato dalla scienza del diritto privato, rileva, come si vedrà, nella esclusiva prospettiva del collegamento causale e, pertanto, non può essere accostata al "motivo" interno dell'agente se non sulla base di un evidente fraintendimento.

elaborazione ricevette più critiche che consensi<sup>43</sup>, e che appare una superfetazione logica che non supera il vaglio del rasoio di Occam alla luce delle considerazioni che precedono. Invero, il concetto di causa è privo di qualunque utilità dommatica ove non riferito all'esplicazione concreta della funzione, ossia all'atto. Si può, poi, certamente scegliere una convenzione terminologica per la quale si preferisce definire il rapporto tra l'interesse pubblico tipizzato e il suo concreto perseguimento nell'atto come "motivo" piuttosto che come "causa", purché ci si intenda sull'essenza del fenomeno: nel diritto pubblico non esistono motivi contrapposti alla causa, esiste solo un requisito di legittimità dell'atto espresso dal rapporto tra l'interesse pubblico posto dalla norma attributiva della funzione e l'oggetto della concreta esplicazione della funzione stessa. Poiché la parola "motivo" richiama, tuttavia, un elemento psicologico interno all'agente che mal si attaglia al carattere oggettivo delle manifestazioni di pubblica autorità, si ritiene che la categoria in esame possa essere senz'altro qualificata come "causa" dell'atto, poiché tale espressione presenta, come visto, un carattere di obbiettività che evita possibili equivoci in una tematica già di per sé di non facile elaborazione. La dottrina dei c.d. "motivi" dell'atto pubblico può, quindi, senz'altro essere consegnata alla Storia.

L'elemento causale dell'atto amministrativo inteso come sussistenza in un caso specifico dell'interesse pubblico a cui è preposta la funzione trova, peraltro, un significativo riconoscimento, sul piano del diritto positivo, dalla previsione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo. Il primo comma della disposizione individua quale contenuto della motivazione l'esplicitazione delle ragioni giuridiche a fondamento dell'atto in rapporto alle circostanze di fatto accertate in sede di istruttoria. In buona sostanza, la previsione normativa impone all'amministrazione di esplicitare il rapporto tra il fatto su cui interviene la decisione e l'interesse pubblico a cui essa è finalizzata, ossia, appunto, la causa del provvedimento. Si comprende come, in tal guisa, la motivazione assuma un'importanza centrale nella determinazione della causa dell'atto e nella sua sindacabilità, perché consente di raffrontare la ricostruzione storica operata dall'autorità procedente con l'interesse pubblico espresso dal parametro normativo. Una ricostruzione dei fatti errata o incompleta, quale palesata dalla motivazione, incide sulla causa dell'atto e, dunque, sulla sua legittimità. Ne deriva la centralità della motivazione nell'apprezzamento del vizio causale del provvedimento.

4. Un prezioso banco di prova per verificare le conclusioni a cui si è giunti nelle pagine che precedono sull'elemento causale dell'atto riguarda le fattispecie in cui l'interesse pubblico sia determinato non autoritativamente e unilateralmente

<sup>43</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 18; C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 537 ss.



dall'amministrazione, ma consensualmente mediante il coinvolgimento dei destinatari: o nella determinazione dell'oggetto di un atto il cui regime giuridico resta quello di diritto pubblico, ovvero nella determinazione dell'oggetto di un accordo di natura contrattuale sottoposto, in linea di principio, alla disciplina del diritto privato. Pur nella diversità tra le due ipotesi, la specificazione dell'interesse pubblico a fondamento dell'attività amministrativa non è rimessa, in entrambi i casi, alla sola valutazione discrezionale dell'amministrazione, ma deve misurarsi con l'interesse privato coinvolto a cui, evidentemente, deve essere riconosciuto un qualche ruolo nella definizione dell'elemento causale<sup>44</sup>. Sicché, ai limitati fini del presente studio, sembra possibile accomunare le due ipotesi in un'unica categoria logica che potrebbe definirsi attività consensuale della pubblica amministrazione.

L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica è stata al centro di una nutrita riflessione scientifica che l'ha identificata come modello operativo di carattere generale e alternativo all'esercizio delle funzioni pubbliche in forma autoritativa: tutte le volte che l'ordinamento impone ad una pubblica funzione la cura di un interesse pubblico specifico, l'autorità a cui la funzione è affidata avrebbe sempre la scelta tra agire secondo modelli autoritativi ovvero consensuali, indipendentemente da un'espressa autorizzazione legislativa in tal senso<sup>45</sup>: si è autorevolmente osservato che la pubblica amministrazione "non ha bisogno di agire sempre come autorità per assolvere i suoi compiti istituzionali"<sup>46</sup>. Una volta che si concepisca la funzione come l'astratta attribuzione ad un ente di un interesse pubblico da tutelare, concettualmente distinta dalla progressiva estrinsecazione, nel caso concreto, dell'attività procedimentalizzata finalizzata all'emanazione dell'atto autoritativo la cui causa è costituita, appunto, da tale interesse<sup>47</sup>, l'impostazione in esame sostiene che l'amministrazione potrebbe rinunciare alla forma autoritativa dell'esercizio della funzione e avvalersi, per la cura dell'interesse pubblico, di modelli consensuali<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. già A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, p. 111.

<sup>45</sup> La tesi si deve, già nel precedente ordinamento, a G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 48. Essa ha tuttavia ricevuto l'attenzione della dottrina solo molto più tardi: G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 189 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in on. di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, pp. 49 ss.; F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss.; nonché, più recentemente, A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 15.

<sup>46</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 490 ss., e p. 492 per la citazione testuale.

<sup>47</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 121 ss.

<sup>48</sup> F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, in *Sull'amministrazione consensuale*, cit., pp. 44 ss.



La tesi è stata criticata da chi ha ritenuto insuperabile la garanzia della previsione legislativa anche in rapporto all'attività consensuale dell'amministrazione, che perciò dovrebbe essere tipica, e dunque espressamente disciplinata (non dissimilmente da quella autoritativa), in ragione della necessaria preordinazione, da parte del legislatore, delle finalità dell'azione stessa<sup>49</sup>.

La presa di posizione a favore dell'una o dell'altra tesi presupporrebbe un'indagine di natura sistematica sulla sussistenza, sull'operatività e sui limiti del principio di legalità che esulerebbe oltre misura dalla prospettiva del presente studio. Sia solo consentito osservare, sul piano dello stretto diritto positivo, che l'obiezione ad una possibilità generale dell'amministrazione di agire consensualmente sembra perdere, oggi, mordente: e questo sia a proposito dell'attività consensuale finalizzata alla conclusione di accordi sostitutivi di atti amministrativi, in ragione della previsione generale di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo<sup>50</sup>, sia a proposito di una generale capacità di diritto privato degli enti pubblici la quale è riconducibile *per tabulas* all'art. 11 c.c.<sup>51</sup> e, se ben si intende la portata dell'art. 1, co. Ibis della legge sul procedimento amministrativo<sup>52</sup>, dovrebbe essere espressamente esclusa nei singoli casi dalla legge.

Nell'ambito di un modello amministrativo di tipo consensuale, la problematica della causa dell'atto, abbia esso natura pubblica o privata, assume una rilevanza centrale; e non è senza significato che tale concetto sia riapparso nella riflessione scientifica, sia pur assai fugacemente, proprio nell'ambito di uno studio sull'amministrazione consensuale<sup>53</sup>.

Indipendentemente dal carattere generale o tassativo dell'attività amministrativa consensuale, infatti, nella prospettiva del presente studio rileva rimarcare un dato che la riflessione scientifica pone come pacifico: l'attività consensuale, così come quella autoritativa, si caratterizza in ragione del necessario perseguimento di finalità pubbliche, che pertanto condizionano necessariamente la formazione dell'accordo<sup>54</sup>. L'agire amministrativo, in altri termini, è imprescindibile dalla previa definizione normativa dell'interesse pubblico che ne costituisce lo scopo.

<sup>49</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 114 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, pp. 19 ss.

<sup>50</sup> F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, pp. 107 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in part. pp. 52 ss.

<sup>51</sup> S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, pp. 76 ss.

<sup>52</sup> Per un panorama delle posizioni degli studiosi sulla problematica della portata della disposizione citata, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 19 ss.

<sup>53</sup> F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività*, cit., p. 29.

<sup>54</sup> F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., pp. 210 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 68 ss., la quale osserva che, del resto, il vincolo di scopo caratterizza l'attività di tutte le persone giuridiche.

Ne consegue che, per quanto concerne gli accordi sostitutivi di provvedimento, tale interesse (ovvero tali interessi, nell'ipotesi di accordi tra amministrazioni in cui manchi la qualificazione di un interesse prevalente, ai sensi dell'art. 15 l. n. 241 del 1990<sup>55</sup>) costituisce la causa dell'accordo<sup>56</sup>, nei termini in cui si è ricostruito il concetto nelle pagine che precedono: la consensualità è un modello operativo che deve, comunque, essere parametrato all'interesse a cui essa è preordinata, e dunque non esclude il rilievo della causa dell'accordo quale elemento essenziale della sua legittimità. La causa dell'accordo, che si identifica con quella del provvedimento che esso va a sostituire, costituisce, sotto altro profilo, un limite quanto all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare all'accordo stesso, posto che, come si è detto, deve escludersi che il perseguimento dell'interesse pubblico specifico possa trovare un limite nella salvaguardia di interessi di mero fatto, giuridicamente indifferenti. Ne consegue che l'amministrazione procedente potrà relazionarsi soltanto con i soggetti di diritto, pubblici e privati, che facciano valere un interesse normativamente qualificato. Come per il provvedimento autoritativo, la qualificazione giuridica degli interessi secondari costituisce il limite che, sul piano causale, incontra l'accordo sostitutivo.

Le conclusioni che precedono sono adattabili, *mutatis mutandis*, anche ai contratti di diritto privato sottoscritti dall'amministrazione, rispetto ai quali giova, preliminarmente, ribadire che, in quanto contratti, debbono necessariamente presentare il requisito *ex* art. 1325, n. 2 c.c. Per altro verso, trattandosi di contratti essenzialmente tipici, appare evidente che la loro causa non può essere dissolta nella "funzione economico-sociale" e, dunque, nel tipo, posto che, a ragionare diversamente, la disposizione citata non avrebbe alcun senso in riferimento alla fattispecie in esame<sup>57</sup>. Ne consegue che la causa del contratto pubblico deve necessariamente intendersi quale causa in concreto. Tale conclusione era apparsa chiara fin dalle prime riflessioni sul fenomeno, rispetto a cui si affermava che il programma contrattuale deve necessariamente presentare, sul piano causale, un nesso di strumentalità con l'interesse pubblico espresso dall'ente stipulante<sup>58</sup>. Lo sforzo della dottrina si è dunque indirizzato sulla consistenza di tale interesse pubblico nonché, assai più recentemente, sulla rilevanza dell'interesse privato nella determinazione della causa del contratto pubblico.

<sup>55</sup> Sul rapporto tra l'art. 11 e l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 39 ss.; F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, cit., pp. 41 ss.

<sup>56</sup> F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, pp. 270 ss.

<sup>57</sup> Sul punto, in generale, M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, pp. 573 ss.

<sup>58</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 38.

Le opinioni che escludono l'interesse pubblico dalla causa del contratto concluso dalla p.a., relegandolo al piano dei motivi<sup>59</sup>, presuppongono una nozione astratta di causa, coincidente, come si è detto, con il tipo contrattuale. Al di là delle critiche a tale modo di intendere l'elemento causale, giova ribadire quanto già richiamato *supra*: esso esprime, nel diritto dei contratti, un interesse pubblico alla stregua del quale valutare la meritevolezza degli interessi privati dedotti nel programma contrattuale in ossequio al limite dell'utilità sociale *ex art. 41, co. II Cost.* Sarebbe, dunque, un assurdo logico se proprio l'interesse pubblico positivamente perseguito da uno dei contraenti, la p.a., non trovasse rilevanza, sul piano causale, nei contratti stipulati da quest'ultima. Dal punto di vista dell'amministrazione, il contratto è uno strumento per perseguire le proprie finalità istituzionali, per cui l'interesse-scopo di tali finalità costituisce, per il soggetto pubblico, il *primum mobile* dell'attività contrattuale: come si è efficacemente detto, il contratto pubblico è funzionalizzato agli interessi che il contraente pubblico è obbligato a perseguire secondo l'ordinamento giuridico<sup>60</sup>. Né tale conclusione appare inficiata dalla circostanza che tale interesse possa rilevare, sul piano causale, in via mediata, lì dove il contratto non si indirizzi immediatamente alla realizzazione di quest'ultimo ma sia, ad esempio, rivolto a fornire all'amministrazione dei mezzi necessari per la sua realizzazione<sup>61</sup>, perseguendo uno scopo specifico ancillare e, comunque, strumentale ad esso: il contratto stipulato da un istituto scolastico avente ad oggetto servizi di pulizia delle aule, ancorché non immediatamente rivolto alla formazione degli studenti, presenta sicuramente un collegamento, sul piano causale, con la funzione istituzionale della scuola; se il contratto avesse ad oggetto l'acquisto di un autoarticolato per il trasporto di merci, vi sarebbe, viceversa, un vizio della causa. Sussiste, insomma, un collegamento, sul piano causale, tra l'interesse pubblico attribuito alla cura dell'amministrazione stipulante e l'interesse dedotto in contratto ad esso strumentale: la causa prossima del contratto, ossia l'interesse concretamente perseguito, deve intendersi collegata alla causa remota di esso, ossia al complessivo disegno di salvaguardia dell'interesse pubblico mediante una serie di attività di diritto pubblico e di diritto privato funzionalmente collegate tra loro<sup>62</sup>. In verità,

<sup>59</sup> Per tutti, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., p. 65; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. ROPPO, VI, Milano, 2006, pp. 1049 ss.; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 449.

<sup>60</sup> V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, p. 212; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., in part. pp. 76 ss. e 100 ss.

<sup>61</sup> Ancora V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 208 e pp. 224 ss. Sul punto si vedano, altresì, le considerazioni di F. CANGELLI, *Potere discrezionale*, cit., pp. 219 ss.

<sup>62</sup> Sulla distinzione tra causa prossima e causa remota, e sulla centralità di essa ai fini dello studio del collegamento causale, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), pp. 600 ss.

un'acuta dottrina ha osservato che, a rigorosamente ragionare, la causa del contratto pubblico non è altro che un'articolazione specifica e concreta dell'interesse pubblico soggetto alla cura dell'amministrazione, per cui non ha senso distinguere tra perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico mediante il contratto stesso: esso non è altro che una manifestazione della discrezionalità amministrativa in ordine ad elementi non predeterminati finalizzati al perseguimento dello scopo tipico della funzione<sup>63</sup>. In altri termini, la causa del contratto pubblico non sarebbe collegata all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione stipulante ma sarebbe essa stessa una specificazione concreta di quest'ultimo.

5. La problematica dell'elemento causale degli atti pubblici, quale ricostruita nel corso di questo studio, si lega allo studio della discrezionalità e ne costituisce un complemento fondamentale. La causa è una categoria generale del diritto pubblico che presenta implicazioni sistematiche feconde, sia sul piano della teoria generale che nella prospettiva, più concreta, di dare agli operatori del diritto un prezioso strumento di valutazione del fine dell'atto, nella prospettiva di valutarne la legittimità.

In realtà, l'esigenza connessa all'elaborazione di una dottrina della causa sembra riproporsi assai oltre i confini del diritto privato, in cui il concetto ha visto la luce, e il diritto costituzionale e amministrativo. Lo studioso della causa dell'atto potrebbe trovarne ulteriori implicazioni anche in seno ad altri ambiti della scienza giuridica, come nel diritto penale (ad esempio ai fini della ricostruzione dell'elemento psicologico del reato) o nel diritto processuale: e si pensi, a quest'ultimo riguardo, al combinato disposto degli artt. 156, co. II e co. III c.p.c., che potrebbe forse costituire un dato testuale rilevante nell'elaborazione di una dottrina della causa degli atti processuali.

Non è forse errato concludere che la causa costituisce un concetto di teoria generale del diritto che viene in rilievo ogni volta che venga in rilievo l'esame dell'elemento teleologico di un determinato atto<sup>64</sup>, secondo le peculiarità proprie di ciascun ambito del diritto in cui tale elemento deve essere considerato. Si tratta di una suggestione che, in questa sede, può essere soltanto accennata, e che richiederebbe un approfondimento che andrebbe troppo oltre le forze dell'autore di questo scritto; al quale basta di aver dato un contributo alla riflessione di questo formidabile strumento concettuale, confidando che ingegni più valorosi sappiano trarne le implicazioni.

<sup>63</sup> S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 144 ss. L'A. osserva (p. 108 e p. 154) che la funzionalizzazione dell'attività contrattuale all'interesse pubblico esclude che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione possa ricondursi alla categoria dell'autonomia privata, che a suo avviso è incompatibile con il concetto di discrezionalità. Lo spunto meriterebbe un approfondimento che esulerebbe troppo dalle finalità del presente studio.

<sup>64</sup> Secondo l'intuizione già di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 241 ss.

## References

- Alessi R., *Principii di diritto amministrativo*, I, Milano 1966.
- Alpa G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, von E. Gabrielli, Torino 2006.
- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 2002.
- Bodda P., *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino 1933.
- Bonfante P., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino 1921.
- Bonfante P., *Sulla causa illecita*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino 1921.
- Borsi U., *La giustizia amministrativa*, Padova 1935.
- Cammeo F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, Milano 1901.
- Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914.
- Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Roma 1951.
- Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1997.
- Dalla Massara T., *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004.
- De Valles A., *L'invalidità degli atti amministrativi*, Roma 1917.
- D'Orsogna M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano 2004.
- Forti U., *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma 1937.
- Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939.
- Guicciardi E., *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937.
- Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, it. Üb., Torino 1966.
- Lotmar P., *Über causa im römischen Recht*, München 1875.
- Manfrellotti R., *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019.
- Mattarella B.G., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale, I)*, a cura di S. Cassese, Milano 2000.
- Mortati C., *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, Torino 1960.
- Mortati C., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano 1972.
- Pugliese F.P., *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico/interesse privato*, in *Id.*, *Sull'amministrazione consensuale*, Napoli 2013.
- Raggi L., *Sull'atto amministrativo (Concetto classificazione validità)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917.
- Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano 1964.
- Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli 1989.
- Schlossmann S., *Der Vertrag*, Leipzig 1876.
- Vedel G., *Essais sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris 1934.
- Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 1939.